

§ 27 Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern (OR 143-150)	486
I. Die verschiedenen Möglichkeiten der Beteiligung mehrerer an der Obligation (Übersicht)	486
1. Kumulative Berechtigung und Verpflichtung	487
2. Partielle Berechtigung und Verpflichtung	487
3. Solidarische Berechtigung und Verpflichtung	488
4. Mehrheit von Berechtigten oder Verpflichteten auf unteilbare Leistung (OR 70)	489
5. Vertragspartner als Gläubiger oder Schuldner eines Vertragsverhältnisses	490
II. Solidarität auf Schuldnerseite (OR 143-149)	491
1. Allgemeines	491
2. Entstehung	492
3. Verhältnis der Schuldner zum Gläubiger	494
4. Verhältnis der Schuldner unter sich	496
5. «Unechte» Solidarität (Anspruchskonkurrenz)	498
III. Solidarität auf Gläubigerseite (OR 150)	499
1. Allgemeines	499
2. Wirkungen	500
IV. Anhang: Ausübung von Rechten und Pflichten bei der Gesamthandschaft	501
1. Begriff	501
2. Entstehungstatbestände	502
3. Gesamthandschaftliche Rechtsausübung	502
4. Gesamthandschulden	502

§ 27 Mehrheit von Schuldner oder Gläubigern (OR 143 -150)

Literatur

H. BAUMGARTNER, Depot- und Compte-joint unter besonderer Berücksichtigung des Innenverhältnisses, Diss. Basel/Zürich 1977; H. BUGNON, L'action récursoire en matière de concours de responsabilité civiles, Freiburg/CH 1982; W. F. BÜRGI, Probleme differenzierter Schadenersatzpflicht bei der Solidarhaftung von Verwaltungsräten der Aktiengesellschaft, in St. Galler Festgabe 1965 zum Schweiz. Juristentag, Bern 1965, p. 29 ff.; P. CARONI, Zur Geschichte und Dogmatik der Gesamthaftung im schweizerischen Recht, ZBJV 103 (1967), p. 289 ff.; H. EHMANN, Die Gesamtschuld, Versuch einer begrifflichen Erfassung in drei Typen, Berlin 1972; M. FISCHER, Mehrheit von Gläubigern oder Schuldner bei Bankverträgen, SJZ 66 (1970), p. 374 ff.; P. FORSTMOSER, Solidarität, Kausalzusammenhang und Verschulden im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, SJZ 78 (1982), p. 369 ff.; F. GILLIARD, Topologie de la solidarité imparfaite, Mélanges Deschenaux, Fribourg/CH 1977, p. 289-305; A. HARTMANN, Der Regress bei Haftung mehrerer aus verschiedenen Rechtsgründen, Diss. Bern 1942; F. HASENBÖHLER, Mitwirkung beider Ehegatten beim Vertragsschluss, Basel 1982; G. JANSEN, Das Zusammentreffen von Haftungsgründen bei einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen. Beitrag zur Lehre von der echten und unechten Solidarität, Diss. Freiburg/CH 1973; R. V. JHERING, Die active Solidarobligation, Jher. Jb. 24, p. 129-186; K. LARENZ, Zur Lehre von der Rechtsgemeinschaft, Jher. Jb. 83, p. 108 ff.; H. REICHEL, Schuldmitübernahme, München 1909; H. REICHWEIN, Über die Solidarhaftung der Verwaltungsräte der Aktiengesellschaft und ihre Beschränkung, SJZ 64 (1968), p. 129 ff.; N. SBAI, La solidarité entre les débiteurs en droit suisse et français, thèse Genève 1950; A. WACKE, Erlass oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner, AcP 170, p. 42 ff.

I. Die verschiedenen Möglichkeiten der Beteiligung mehrerer an der Obligation (Übersicht)¹

An einem Schuldverhältnis können sowohl auf Gläubiger- wie auf Schuldnerseite eine Mehrzahl von Personen beteiligt sein. Liegen teilbare Leistungen vor, sind grundsätzlich drei Gestaltungsmöglichkeiten denkbar (dazu die folgenden Ziff. 1-3); eine besondere Regelung statuiert OR 70 für unteilbare Leistungen (Ziff. 4). Wenig Beachtung fand bisher die Möglichkeit der Beteiligung von zwei Vertragspartnern auf der einen Seite eines Vertragsverhältnisses (Ziff. 5)².

¹ Gegenstand dieser Betrachtung sind hauptsächlich die nicht-deliktsch begründeten Fälle; für das Haftpflichtrecht sei hier auf die fachspezifische Literatur verwiesen, insbesondere auf OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht oder ALFRED KELLER, Haftpflicht im Privatrecht.

² In den Ziff. II und III findet die Solidarität auf Schuldner- und Gläubigerseite eingehendere Behandlung; anhangsweise (Ziff. IV) wird die Ausübung von Rechten und Pflichten bei Gesamthandverhältnissen erörtert.

1. Kumulative Berechtigung und Verpflichtung

Haben A, B und C von D 300 zu fordern, so bestehen bei *kumulativer* Berechtigung der Gläubiger mehrere selbständige Schuldverhältnisse nebeneinander. Die Leistung wird vervielfacht, indem der Schuldner *mehrmals* das Ganze leisten muss (D schuldet dreimal 300). Ebenso kann ein Gläubiger *mehrmals* das Ganze fordern, wenn ihm mehrere Schuldner kumulativ Zahlung versprechen (A, B und C verpflichten sich kumulativ, D 300 zu leisten, D hat Anspruch auf dreimal 300). Diese Tatbestände stellen nicht einen Fall der Beteiligung mehrerer an einer obligatorischen Beziehung dar und erfordern keine gesonderte Behandlung.

2. Partielle Berechtigung und Verpflichtung

Jeder Gläubiger ist anteilmässig («pro rata») berechtigt an, jeder Schuldner anteilmässig verpflichtet zu einer Leistung, die in ihrer Gesamtheit (hier: 300) *bloss einmal* erbracht werden muss (A, B und C können von D je 100 fordern; A, B und C schulden dem D je 100). Die Teilobligationen, die eine teilbare Leistung voraussetzen, unterscheiden sich vom Fall der kumulativen Verpflichtung (oben Ziff. 1) dadurch, dass sie auf demselben Rechtsgrund beruhen. Im Gegensatz zum Fall der solidarischen Beteiligung oder Verpflichtung (unten Ziff. 3) sind die Obligationen in Bestand und Ausübung trotzdem voneinander unabhängig³. Erlischt eine Partialobligation, so wirkt sich das nicht auf den Bestand der anderen Obligationen aus; der Gläubiger trägt den Schaden, wenn ein Schuldner nicht erfüllen kann⁴.

Allerdings kann die Begründung in gemeinschaftlichem Rechtsgeschäft eine Abhängigkeit der verschiedenen Obligationen bewirken: Die Einrede des nichterfüllten Vertrages (OR 82) steht dem Schuldner vermutungsweise so lange zu, bis er die *gesamte* Gegenleistung (nicht bloss die Gegenleistung der von einem Gläubiger geforderten Teilleistung) erhalten hat (so ausdrücklich BGB § 320/I Satz 2); oft ist dem Schuldner wohl nach Vertrag bloss *gemeinschaftliche Ausführung aller Teilleistungen* zuzumuten (z. B. bei gemeinsamem Kauf eines Waggons Kohle durch zwei Käufer je zur Hälfte), wie auch die Ausübung des Wahlrechts gemäss OR 107 nur einheitlich ausgeübt werden kann⁵, so dass in dieser Hinsicht die Verhältnisse der Gesamthand (unten Ziff. IV) angenähert werden.

³ v. T./E., § 89/III, p. 290.

⁴ v. .E., § 9/III, p. 91.

⁵ Vgl. LARENZ, SchR I, § 36/I/a, p. 620 f., von dem auch das Kohle-Beispiel stammt.

3. Solidarische Berechtigung und Verpflichtung

a) Begriff

Sind mehrere Gläubiger *solidarisch berechtigt*, so hat jeder Gläubiger unabhängig von den anderen eine Forderung auf die ganze Leistung; diese muss aber vom Schuldner nur einmal erbracht werden (OR 150). Sind mehrere Schuldner *solidarisch verpflichtet*, so kann von jedem Schuldner die ganze Leistung gefordert werden; diese muss dem Gläubiger aber nur einmal erbracht werden (OR 143/44).⁶

b) Entstehungsgrund

Das aus romanistischer Tradition stammende System der Teilobligation⁷ hat der schweizerische Gesetzgeber in OR 143⁸ als Grundsatz beibehalten⁹. Die Regel wird indessen vielfach durchbrochen; Solidarität besteht nicht nur in den häufigen Fällen der dahingehenden *vertraglichen Vereinbarung*, sondern kraft *gesetzlicher Anordnung*: Unter mehreren Haftpflichtigen aus *unerlaubter Handlung* (OR 50), unter *Entlehnern* (OR 308), unter mehreren *Auftraggebern* oder *Beauftragten* (OR 403) bzw. *Depositären* (OR 478), ferner unter den Teilhabern von *Gesamthandsgemeinschaften* (z. B. einfache Gesellschaft, OR 544/III, und entsprechend Kollektiv- und Kommanditgesellschaft).

c) Mehrheit der Beteiligten im Schuldverhältnis und in der Gläubiger- bzw. Schuldnerstellung

Wie oben § 4/V/2 gesehen, muss unterschieden werden zwischen der Obligation als ganzheitlichem Schuldverhältnis oder aber der Obligation verstanden als isolierte Recht-Pflicht-Beziehung. Bei der *Solidarität* (jedenfalls soweit vertraglich begründet) ist deshalb zu unterscheiden, ob diese lediglich in der *Gläubiger- oder Schuldnerstellung* besteht oder aber Ausfluss der Beteiligung der Personenmehrheit am *Vertragsverhältnis* selber ist. Das erstere ist der Fall bei *Schuldbeitritt* (kumulativer

⁶ Im englischen Sprachbereich entspricht eine «*joint and several obligation*» weitgehend der kontinentalen Solidarobligation.

⁷ Vgl. WINDSCHEID, II §§ 292 ff.; direktes Vorbild von OR 143 ist franz. CC art. 1202: «La solidarité ne se présume point; il faut qu'elle soit expressément stipulée ...».

⁸ Anders im *Erbrecht*, wo als Ausfluss des Erbschaftserwerbs nach den Regeln der Universalsukzession und der sich daraus ergebenden *Gesamthandschaft* (vgl. unten Ziff. IV) der Erben im Normalfall eine *Solidarhaftung* derselben für die Schulden des Erblassers besteht. Vgl. ZGB 603/I und 639/I). Die Solidarhaftung erlischt allerdings mit Ablauf von fünf Jahren nach der Teilung (ZGB 639/II). Dazu ESCHER, ZGB 639 N. 12, TUOR/PICERONI, ZGB 639 N. 17 f.

⁹ OR 143 und 150. Dazu v. T./E., § 89/III, p. 291; kritisch v. BÜREN, p. 93.

Schuldübernahme) im eigentlichen engeren Sinne¹⁰, während das letztere die Folge eines *Vertragsbeitritts* ist¹¹.

Der *Unterschied* zeigt sich darin, dass bei Beteiligung am *Schuldverhältnis* zur Ausübung von vertraglichen Gestaltungsrechten (Ausübung eines Leistungs-Wahlrechts oder der Gläubigerbefugnisse nach OR 107, des Wahlrechts des Käufers mangelhafter Sache nach OR 205 usw.) sämtliche Beteiligten mitwirken müssen, wobei hauptsächlich die Regeln der Gesamthand zur Anwendung gelangen werden (unten Ziff. IV), während im Falle blosser Beteiligung an der Gläubiger- oder Schuldnerstellung lediglich der Vertragspartner, nicht aber die Mitbeteiligten, in der Recht- oder Pflichtbeziehung zuständig wäre.

In der Praxis wird (besonders bei dem praktisch im Vordergrund stehenden Schuldbeitritt) kaum unterschieden, ob der Dritte, der den Vertrag von Anfang an mitunterzeichnet bzw. nachträglich beitrifft, zum vollberechtigten Vertragspartner oder lediglich zum solidarischen Mitträger der Vertragspflichten werden soll.

4. Mehrheit von Berechtigten oder Verpflichteten auf unteilbare Leistung (OR 70)

a) Allgemeines

Eine unteilbare Leistung, die gesamthaft erbracht werden muss und nicht ohne Wesensänderung oder Wertverminderung in mehreren Teilleistungen bewirkt werden kann, führt bei einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern zu einer in OR 70 geregelten *Abart der Solidarität*, die dadurch gekennzeichnet ist, dass sie gewissermassen infolge *sachlogischer Notwendigkeit* eintritt und nicht auf direkter Parteivereinbarung beruht.

b) Mehrheit von Gläubigern

Bei einer Gläubigermehrheit dieser Art muss der Schuldner zur Befreiung an alle gemeinsam leisten¹²; der einzelne Gläubiger kann die Leistung nur an alle gemeinsam fordern (OR 70/I), weshalb sich, im Gegensatz zu der vertraglich begründeten Solidarität im Sinne von OR 150¹³, die Frage eines Regresses unter den

¹⁰ Vgl. dazu unten § 32/IV.

¹¹ Die gleiche Unterscheidung könnte an sich auch bei der *partiellen Berechtigung und Verpflichtung* getroffen werden, die indessen gesetzlich nicht eigens geregelt ist und zur Hauptsache aufgrund der vertraglich ausgehandelten Bedingungen spielt, so dass der Gegensatz weniger Bedeutung hat. Zu den sich stellenden Fragen oben Ziff. 2.

¹² Ähnlich den *Gesamthandforderungen* (unten Ziff. IV). Deshalb kann der Schuldner seine Schuld nicht mit der Forderung gegenüber einem der Gläubiger verrechnen.

¹³ Verweigert einer der Gläubiger die Annahme, so kann der Schuldner nicht mehr befreiend leisten, so dass *Gläubigerverzug* (OR 91 ff., oben § 19) eintritt.

Gläubigern nicht stellt. Leistet der Schuldner bloss an einen Gläubiger und geht das Erbrachte den übrigen Gläubigern verloren, so bleibt er diesen gegenüber weiterhin verpflichtet¹⁴. Der Gläubiger, der die Leistung an alle gemeinsam fordert, ist diesbezüglich gesetzlicher Vollmachtträger der Mitgläubiger (OR 70/I)¹⁵.

Dem einzelnen Gläubiger steht eine besondere Forderung zu, über die er selbständig durch Abtretung, Erlass und Stundung verfügen und die er ohne Zuziehung der anderen Gläubiger einklagen kann¹⁶. Wird die Leistung teilbar, etwa bei deren Umwandlung in Schadenersatzpflicht wegen schuldhafter Nichterfüllung, so entsteht eine gewöhnliche Partialobligation. Jeder Gläubiger kann selbständig den Ersatz des Schadens verlangen, der ihm durch die Vertragsverletzung zugefügt worden ist.

c) Mehrheit von Schuldnern

Bei einer Mehrheit von Schuldnern ist jeder zur ganzen Leistung verpflichtet (OR 70/II). Diese Verpflichtung zur vollen Leistung wird vom Gesetzgeber zwar nicht als Solidarität betrachtet¹⁷, ihr aber in allen wesentlichen Belangen gleichgestellt¹⁸. OR 70/III räumt dem Schuldner, der erfüllt, ein verhältnismässiges Regressrecht gegenüber den anderen Schuldnern ein bzw. ordnet Subrogation an (vgl. OR 148 f.). Entsteht infolge Nichterfüllung eine Schadenersatzforderung, so haften die Schuldner dafür solidarisch und nicht nach Teilen¹⁹.

5. Vertragspartner als Gläubiger oder Schuldner eines Vertragsverhältnisses

Vom Gesetz nicht geregelt und auch von der Doktrin weitgehend vernachlässigt ist der Fall der Beteiligung von zwei Vertragspartnern auf der einen Seite eines Schuldverhältnisses²⁰.

¹⁴ Vermag er sie nicht mehr zu befriedigen, so wird er schadenersatzpflichtig; vgl. v. T./E., § 92/II, p. 326.

¹⁵ So auch G./S. N. 2370. Die Vertretungsmacht bezieht sich nur auf das Fordern, nicht aber auch auf die Entgegennahme der Leistung.

¹⁶ Vgl. v. T./E., § 92/II, p. 326 f.

¹⁷ Anders BGB § 431.

¹⁸ Vgl. v. T./E., § 92/III, p. 327.

¹⁹ Dies ist aus OR 70/II und dem Fehlen einer anderslautenden Sondernorm (so früher aOR 80) zu schliessen.

²⁰ Ein in Zukunft wohl häufiger Anwendungsfall dieser Konstellation wird die Unterzeichnung des Mietvertrages durch beide Ehegatten sein.

Das Zusammenwirken mehrerer in der Absicht, gemeinsam mit einem Dritten einen Vertrag abzuschliessen, steht der einfachen Gesellschaft nahe²¹, weshalb eine analoge Anwendung der gesellschaftsrechtlichen Normen (gesamthänderische Berechtigung an den Aktiven, Solidarität für gemeinsam eingegangene Verpflichtungen, OR 544 I und III) angebracht erscheint. Vertragspartner, die gemeinsam mit Dritten kontrahieren, bilden jedoch nicht notwendigerweise eine einfache Gesellschaft, so vermag z. B. bei der ehelichen Gemeinschaft ein Rückgriff auf gesellschaftsrechtliche Regel nicht zu befriedigen²².

II. Solidarität auf Schuldnerseite (OR 143-149)

1. Allgemeines

Solidarität besteht darin, dass jeder Schuldner zur ganzen Leistung²³ verpflichtet ist, diese aber nur einmal erbracht werden muss (OR 143/44). Der Gläubiger hat gegen jeden Schuldner eine selbständige Forderung²⁴, solange er nicht (vollumfänglich) befriedigt worden ist²⁵. Er kann den solventesten unter den solidarisch Haftenden auswählen; wie die zu erbringende Leistung im Innenverhältnis auf die einzelnen Schuldner verteilt wird, berührt ihn nicht²⁶.

²¹ Vgl. etwa MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, § 8/VI N. 77 ff., v. STEIGER, SPR VIII/1, § 27/II/3b, BGE 99 II 321, E. 5.

²² Trotzdem sollte auch bei der ehelichen Gemeinschaft im Falle gemeinsamen Auftretens der Ehegatten auf Grund der engen Verbundenheit (aktive wie passive) Solidarität als stillschweigend vorausgesetzt gelten, vgl. dazu F. HASENBÖHLER, Mitwirkung beider Ehegatten beim Vertragsschluss, Basel 1982, p. 30 ff. und p. 44 f. - Eine dem Gesellschaftsrecht nahestehende Regelung statuiert das ZGB dagegen für den Fall, dass mehreren Personen gemeinsam das Eigentum an einer Sache zukommt; sie bilden - je nach ihrem Innenverhältnis - eine Mit- oder Gesamteigentümergeinschaft (ZGB 646-654).

²³ Daher die Bezeichnung «*solidarisch*», von lat. «in solidum», d. h. aufs Ganze gehend.

²⁴ Das zeigt sich darin, dass er über diese einzeln durch Abtretung, Stundung und Erlass verfügen kann und dass die Kündigung oder Mahnung grundsätzlich nur für den Schuldner wirkt, an den sie gerichtet ist, vgl. v. T./E., § 90, p. 297 f. und ZR 59 (1960) Nr. 128, p. 322 lit. b. - Konsequenz dieser Eigenständigkeit der Forderungen ist auch, dass sich die Rechtskraft eines Urteils gegen einen Solidarschuldner nicht auf das Verhältnis des Gläubigers zu den übrigen Solidarschuldnern erstreckt, diese also erneut die gemeinsamen Einreden erheben können, BGE 93 II 333 E. 3.

²⁵ Im klassischen Römischen Recht hingegen kannte man die (durch gemeinsame Stipulation entstehende) «*Korrealität*», die sich von der Solidarität dadurch unterscheidet, dass die Klageerhebung (litis contestatio) gegen einen Schuldner die Konzentration des Anspruchs bewirkt und die übrigen Korreal Schuldner befreit, da sie nicht mehr beklagt werden können, vgl. dazu KASER, § 56/II, p. 219 f.

²⁶ A. KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. II, Bern 1987, p. 153.

Solidarschuldner schulden aus *gleichem* Rechtsgrund *dieselbe* Leistung. Im Gegensatz dazu beruht die *Schuld des Bürgen* auf eigenem Rechtsgrund; sie ist überdies *akzessorisch*, d. h. hängt in ihrem Bestand von einer gültigen Hauptschuld ab, die es zu sichern gilt (OR 492/II, 499, 509/I). Die aktuelle Leistungspflicht tritt immer mehr oder weniger subsidiär ein; die Subsidiarität der Belangbarkeit des Bürgen kann nach rev. OR (1942) auch bei der Solidarbürgschaft nicht ganz ausgeschaltet werden²⁷. Die Verpflichtung eines nachträglich solidarisch beitretenden Schuldners (Schuldbeitritt) steht dagegen unabhängig neben der Pflicht des ursprünglichen Schuldners²⁸.

Die Wirkungen der Solidarität erschöpfen sich darin, dass keiner der mehreren Schuldner zu seiner Entlastung die Existenz von Mitverpflichteten anrufen kann, dagegen kann Solidarität nicht als selbständiger Haftungsgrund oder Haftungsmassstab verstanden werden etwa in dem Sinn, dass die in der Person des einzelnen Haftpflichtigen bestehenden Entlastungsgründe nicht berücksichtigt werden dürften: Der Solidarschuldner schuldet aufgrund des Umstandes, dass Dritte mithaften, nicht weniger, aber auch nicht mehr, als er schulden würde, wenn er einziger Schuldner wäre²⁹.

2. Entstehung

Solidarität besteht gemäss OR 143 nur dann, wenn sie vertraglich vereinbart oder gesetzlich angeordnet ist³⁰. Verpflichten sich mehrere Schuldner gemeinsam

²⁷ Vgl. OR 495 und 496. «Solidarbürgschaft» begründet keine Solidarität im Sinne von OR 143 zwischen Hauptschuldner und Bürgen. Die Bezeichnung stammt aus dem aOR, das (ähnlich wie BGB § 773 Ziff. 1) einen völligen Verzicht auf die Vorausklage und Subsidiarität der Belangbarkeit des Bürgen zulies (aOR 495). Dabei scheint die Stellung des «selbstschuldnerischen» Bürgen weitgehend als (nichtakzessorische) Solidarhaftung verstanden worden zu sein.

²⁸ Zur Unterscheidung zwischen Schuldbeitritt und Bürgschaft vgl. unten § 32/II sowie OR/BT, § 17/III, IV/2, 3.

²⁹ Dieser Fehlschluss liegt aber der gelegentlich in der handelsrechtlichen Frage der *Organhaftung einer juristischen Person* vertretenen Annahme zugrunde, der Grundsatz der Solidarität schliesse die Berufung auf den Entlastungsgrund geringen Verschuldens im Sinne von OR 43/I durch den einzelnen Haftungspflichtigen aus. Diese Auffassung würde zu der widersprüchlichen Konsequenz führen, dass der einzige Verwaltungsrat einer AG weniger streng haftet als jeder einzelne von mehreren Verwaltungsräten. Den verständlichen rechtspolitischen Anliegen, die hinter dieser Auffassung stehen, kann (solange man auf dem Boden der Verschuldenshaftung bleiben will) nur dadurch Rechnung getragen werden, dass man der Funktionsteilung innerhalb des Verwaltungsrates und der Kompetenzdelegation Schranken setzt. - Der hier abgelehnten Auffassung zuneigend BGE 59 II 458/9, 89 II 122/3, 90 II 501, 97 II 415, ZR 78 (1979) Nr. 134, p. 313, MERZ, SPR VI/1, § 11, p. 107 ff., REICHWEIN, SJZ 64/1968, p. 129 ff.; kritisch und ähnlich wie hier etwa BÜRGI, Probleme differenzierter Schadenersatzpflicht etc., in St. Galler Festgabe 1965 zum Schweiz. Juristentag, Bern 1965, p. 29 ff., R. BÄR, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, ZBJV 106/1970, p. 457 ff., P. FORSTMOSER, Solidarität, Kausalzusammenhang und Verschulden im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, SJZ 78/1982, p. 369 f., A. KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. II, Bern 1987, p. 157, G/S. N. 2418a.

³⁰ Vgl. oben Ziff. I/3/b.

(z. B. im gleichen Akt des Vertragsschlusses, Unterzeichnung derselben Vertragsurkunde) zu einer teilbaren Leistung, so vermutet das OR grundsätzlich Teilverpflichtungen. Dieser (fr. CC art. 1202 folgenden) zweifelhaften Regelung³¹ wäre die Lösung von BGB § 427 vorzuziehen, wonach bei gemeinsamer vertraglicher Verpflichtung mehrerer im Zweifel Solidarität herrscht. Immerhin fordert OR 143 (anders als CC art. 1202) keine *ausdrückliche* Verabredung, so dass solidarische Verpflichtung stillschweigend möglich ist und aus den Umständen gefolgert werden kann. In einem älteren Entscheid hat das Bundesgericht indessen verlangt, dass sich der Wille solidarischer Verpflichtung unzweideutig aus den Umständen ergebe, da die Auffassung, schon gemeinsames Abschliessen (Unterzeichnen) eines Vertrages löse Solidarität aus, in Widerspruch zu OR 143 stehe³².

In der Praxis ist auf Grund der Begleitumstände meist auf Solidarität zu schliessen, wenn sich mehrere gemeinsam in einem Vertragsverhältnis verpflichten. Geschieht dies zu Sicherungszwecken, muss ein Wille auf Begründung von Solidarität angenommen werden³³, da sonst der Gläubiger durch die Unterzeichnung eines zweiten Partners (und die Beschränkung der Haftung eines jeden auf die Hälfte der Schuld) sich schlechter stellen würde, ebenso bei gemeinsamer Miete eines Hauses oder einer Wohnung zu gemeinsamer Benutzung³⁴ oder bei gemeinsamem Angebot an einer Zwangsversteigerung³⁵.

³¹ Beispielsweise ist nicht einzusehen, weshalb das OR mehrere Käufer für den Kaufpreis bloss anteilmässig, mehrere Auftraggeber jedoch solidarisch für die Vergütung (OR 403/I) haften lässt. OR 143/I (aOR 162/I wie auch bereits CC 1202) beruht auf einer unkritischen Herübernahme der gemeinrechtlichen Vermutung der Teilschuld; vgl. WINDSCHEID, II § 292 (und zwar in der 9. wie bereits auch in der 2. Auflage von 1869): «Wenn Mehrere zusammen Etwas zu fordern haben oder zusammen etwas schuldig sind, so ist die Regel die, dass zwischen ihnen eine Theilung der Leistung nach Bruchtheilen eintritt.» - Die Regelung des schweizerischen OR wird in der Praxis oft ins Gegenteil gewendet, weil mehrere Personen, die sich gemeinsam verpflichten, sehr häufig (auch stillschweigend oder unbewusst) eine einfache Gesellschaft bilden, was für gemeinsam begründete Verpflichtungen gemäss OR 544/III zu Solidarität führen kann (vgl. oben Ziff. I/5). Unnötige Abgrenzungsprobleme zu anteilmässigen Verpflichtungen sind die Folgen.

³² BGE 49 III 211 f.; gleicher Meinung SJZ 33 (1936/37), p. 105 (Nr. 69). - M. E. wäre - trotz OR 143 - die (sachlich unzweifelhaft bessere, im Ergebnis mit BGB § 427 übereinstimmende und dem allgemeinen Rechtsempfinden entsprechende) Auffassung vertretbar, dass eine ohne Vorbehalt übernommene vertragliche Verpflichtung trotz der Beteiligung mehrerer in der Regel die Erklärung enthält, «für die Erfüllung der ganzen Schuld haften» zu wollen; Deutung der Mitunterzeichnung eines Vertrages als *Schuldbeitritt* (vgl. unten § 32/II). - A. M. MERZ, SPR VI/1, § 11, p. 102.

³³ v. BÜREN, p. 93; vgl. BGE 45 II 67, 81 II 525 ff.; SJZ 21 (1924/25), p. 7 Nr. 8.

³⁴ BGE 15, 290.

³⁵ BGE 47 III 213.

3. Verhältnis der Schuldner zum Gläubiger

a) Forderungsrecht des Gläubigers

Der Gläubiger kann nach OR 144 von jedem Schuldner nacheinander oder gleichzeitig die ganze Leistung oder einen beliebigen Teil davon verlangen und, wenn ein Schuldner nicht leistet, den Ausfall von den anderen fordern. Das freie Vorgehen gegen die Schuldner kann allerdings vertraglich eingeschränkt werden³⁶.

b) Einreden der Schuldner

Jeder Schuldner kann dem Gläubiger sowohl die gemeinsamen Einreden³⁷, die sich aus Entstehungsgrund oder Inhalt der solidarischen Verbindlichkeit ergeben³⁸, wie auch die persönlichen Einreden, die aus seinem persönlichen Verhältnis zum Gläubiger hervorgehen³⁹, entgegenhalten (OR 145/I). Daraus lässt sich durch Umkehrschluss folgern, dass der Solidarschuldner keine persönlichen Einreden eines anderen vorbringen kann⁴⁰. Unterlässt der belangte Schuldner die Erhebung gemeinsamer Einreden, die ihm bekannt sind oder sein müssten, verliert er in entsprechendem Umfang seinen Regress gegenüber den übrigen Schuldnern⁴¹.

Der Solidarschuldner kann, wenn keine andere Vereinbarung getroffen ist, die Lage der übrigen durch seine persönlichen Handlungen nicht erschweren (OR 146). Geht er Vereinbarungen mit dem Gläubiger ein, durch welche seine Verpflichtungen erweitert oder verstärkt werden, so berühren diese Vertragsänderungen die Mitschuldner nicht. Falls er in Verzug gerät, hat nur er dessen Folgen (OR 103/4) zu

³⁶ Wird der Konkurs über einzelne Schuldner eröffnet, so kann der Gläubiger seine Forderung in jedem Konkurs im vollen Betrag geltend machen (SchKG 216/I), selbst wenn er bereits teilweise befriedigt worden ist (SchKG 217/I), so früher aOR 167. Falls ein Überschuss resultiert, verbleibt er den einzelnen Massen entsprechend ihren Rückgriffsrechten (vgl. SchKG 216/II, 217/III).

³⁷ Hier ist «Einrede» im weiteren Sinne zu verstehen. Mithin sind Einwendungen, Einreden und Gestaltungsrechte, wie insbesondere die Verrechnungsbefugnis, gemeint (v. T./E., § 90/IV, p. 305).

³⁸ Z. B. Täuschung durch den Gläubiger, Unmöglichkeit oder Sittenwidrigkeit der Leistung, Nichtbeachten der Formvorschriften.

³⁹ Z. B. Willensmängel, Verrechnungsmöglichkeiten, Erlass.

⁴⁰ Ausgeschlossen ist insbesondere die Verrechnung von Forderungen eines Mitschuldners gegenüber dem Gläubiger; so explizit fr. CC 1294/III.

⁴¹ Dies die Bedeutung der «Verantwortlichkeit» im Sinne von OR 145/II, die im übrigen entsprechend der Präzisierung der Rückgriffsregel bei der Bürgschaft (OR 502/III) zu verstehen ist. Vgl. v. T./E., § 90/IV, p. 306.

tragen⁴². Verursacht er nach Abschluss des Vertrages schuldhaft die Unmöglichkeit der Leistung, so trifft nur ihn die Ersatzpflicht gemäss OR 97⁴³.

c) Unterbrechung der Verjährung

Das Prinzip von OR 146 wird durch OR 136/I eingeschränkt, indem die Unterbrechung der Verjährung durch Anerkennungshandlungen eines Solidarschuldners auch gegen die übrigen wirkt. Die Stellung des Gläubigers würde in unbilliger Weise beeinträchtigt, wenn er gegen sämtliche Schuldner vorgehen müsste, um zu vermeiden, dass sein Anspruch, während er den einen belangt, gegenüber den restlichen verjährt⁴⁴. Diese Unterbrechung der Verjährung spielt nur bei der hier besprochenen «echten» Solidarität, nicht bei der «unechten» Solidarität, d. h. der Haftung mehrerer für die gleiche Schuld aus verschiedenen Rechtsgründen⁴⁵.

d) Befreiende Leistung

Erfüllt ein Schuldner durch Zahlung oder Verrechnung (d. i. durch Befriedigung des Gläubigers), so werden auch die Mitschuldner befreit (OR 147/I). Akzeptiert der Gläubiger eine Teilerfüllung, so ermässigt sich die Solidarschuld des Erfüllenden wie der Mitschuldner auf den verbleibenden Teil.

Die Befreiung eines Schuldners, ohne dass der Gläubiger befriedigt wird (z. B. durch Erlass), wirkt zugunsten der Mitschuldner «nur so weit, als die Umstände oder die Natur der Verbindlichkeit es rechtfertigen» (OR 147/II). Der Beweis, dass dies der Fall ist, obliegt dem Schuldner, der sich auf eine in der Person eines Mitschuldners eingetretene befreiende Tatsache beruft⁴⁶. Falls der Tilgungsgrund *rechtsgeschäftlicher* Art ist, muss der Sinn der zwischen kontrahierendem (leistendem) Schuldner und Gläubiger getroffenen Abmachung massgebend sein⁴⁷; beim *Vergleich* werden die Solidarschuldner jedenfalls im Umfang der effektiven Leistung befreit, darüber hinaus dann, wenn die Befreiung aller dem Vertragswillen der

⁴² Vom Vertrag zurücktreten kann der Gläubiger allerdings nur dann, wenn alle Solidarschuldner im Verzug sind, ZR 80/1979, Nr. 89, p. 213.

⁴³ Dies gilt indessen nicht, wenn er als Hilfsperson im Sinne von OR 101 für die übrigen Schuldner handelt, so, wenn z. B. zwei Solidarschuldner, die gemeinschaftlich eine Sache entlehnt haben (OR 308), verabreden, dass diese durch den einen aufbewahrt wird. Vgl. BGE 82 II 533 E. 5 betreffend Solidarhaftung des früheren und des neuen Vermieters.

⁴⁴ Vgl. v. BÜREN, p. 95. Kritisch dagegen v. T./E., § 90/IX, p. 320 Ziff. 1. - Die Einschränkung von OR 141/II bezieht sich auf den (selten vorkommenden) nachträglichen Verzicht, nicht auf Verjährungsunterbrechungshandlungen des Schuldners (OR 135 Ziff. 1).

⁴⁵ BGE 104 II 232, vgl. dazu unten Ziff. 5.

⁴⁶ v. T./E., § 90/VI, p. 309/10.

⁴⁷ Vgl. auch BECKER, OR 147 N. 5, von der ausländischen Literatur A. WACKE, Erlass oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner, AcP 170, p. 42.

Parteien des Vergleichs entspricht⁴⁸. Tritt ein Solidarschuldner in die Gläubigerstellung ein (Konfusion nach OR 118), so vermindert sich seine Forderung gegenüber der ursprünglichen im Umfange seines Schuldanteils im internen Verhältnis⁴⁹.

4. Verhältnis der Schuldner unter sich

a) Interne Aufteilung

Welchen Teil der Schuld letztlich der einzelne Solidarschuldner zu tragen hat, bestimmt sich nach Massgabe des unter ihnen bestehenden Innenverhältnisses. Geht aus dieser Rechtsbeziehung keine andere Lösung hervor, hat jeder einen gleichen Teil der an den Gläubiger geleisteten Zahlung zu übernehmen (OR 148/I). Abweichungen sind jedoch häufig; sie können auf Vertrag oder Gesetz beruhen. Ergibt sich beispielsweise die Solidarität aus einem Gesellschaftsverhältnis (OR 544/III), so richtet sich die interne Belastung vermutungsweise nach der Verlustbeteiligung der Gesellschafter (OR 533). Wird der Veräusserer eines Geschäftes von einem Gläubiger belangt, hat er im Innenverhältnis nichts zu tragen, da der Übernehmer gemäss OR 175/I zu seiner Befreiung verpflichtet ist⁵⁰; ebenso kann sich der Inhaber eines Wechsels am Indossanten oder Aussteller schadlos halten (OR 1033, 1044). Erben tragen mangels anderer Abreden Erblasserschulden unter sich im Verhältnis ihrer Erbanteile (ZGB 640/III). Eine besondere Verteilung ergibt sich, wenn mehrere Personen für denselben Schaden aus unerlaubter Handlung haften; der Richter legt hier unter Berücksichtigung der Schwere des Verschuldens der Beteiligten nach seinem Ermessen fest, wer welchen Teil des Schadens zu tragen hat (OR 50/II)⁵¹; ähnliches gilt bei Haftung aus verschiedenen Rechtsgründen (OR 51/I), wobei das Gesetz hier Richtlinien für die Rangfolge aufstellt (OR 51/II)⁵².

b) Regressansprüche des zahlenden Schuldners

Leistet ein Solidarschuldner mehr als dem Innenverhältnis entspricht, so kann er für den Mehrbetrag auf seine Mitschuldner zurückgreifen (OR 148/II). Er kann aber nicht einen von mehreren Mitschuldnern für die gesamte Regresssumme belangen, sondern muss von den einzelnen Mitschuldnern je den entsprechenden Anteil

⁴⁸ So wenn der Gläubiger einem Solidarschuldner Saldoquittung erteilt und erklärt, «er müsse vor Regressansprüchen keinerlei Angst haben», BGE 107 II 229 f.

⁴⁹ Vgl. MERZ, ZGB 2 N. 365.

⁵⁰ v. T./E., § 90/VII, p. 312, unten § 32/V.

⁵¹ Z. B. BGE 104 II 186 f., 100 II 337 f. E. 3.

⁵² Die Stufenordnung von OR 51/II deckt sich nicht mit den Regeln über die Haftungskollisionen, die bei Kausalhaftungen Anwendung finden (z. B. SVG 60/II) und ist deshalb fragwürdig; vgl. A. KELLER, Haftpflicht im Privatrecht Bd. II, Bern 1987, p. 165 f.

einfordern, der Regress unter Solidarschuldnern unterliegt nicht wiederum der Solidarität⁵³.

Der Regress ist auch gegen einen Schuldner möglich, der vom *Gläubiger* durch *Erläss befreit* worden ist. Denn dieser kann nicht auf das Innenverhältnis der Solidarschuldner einwirken⁵⁴. Mithin befreit ein auf den Einzelschuldner beschränkter Erläss diesen nur, soweit der Gläubiger die übrigen Schuldner bloss im Umfange der auf sie entfallenden Anteile belangt⁵⁵.

Die Mitschuldner haften nach den Geschäftsführungsregeln (OR 402, 422) auch für zusätzliche, berechnete Aufwendungen des Erfüllenden (z. B. infolge nötiger Anwalts- und Prozesskosten). Der geleistete Betrag ist grundsätzlich zu verzinsen⁵⁶. Erweist sich einer der Rückgriffsschuldner als zahlungsunfähig, ist der ausfallende Anteil von den übrigen Solidarschuldnern entsprechend ihrer internen Aufteilung zu übernehmen (OR 148/III).

Die Regressmöglichkeit entfällt, wenn der Schuldner schuldhaft gemeinsame Einreden nicht geltend macht (OR 145/III)⁵⁷, ferner - in analoger Anwendung von OR 508/II -, wenn der Schuldner zahlt, ohne die anderen zu benachrichtigen und diese nochmals leisten⁵⁸.

c) Verstärkung des Regressanspruches durch Subrogation

OR 149/I stärkt die Position des leistenden Schuldners. Durch *Subrogation*⁵⁹ gehen bis zur Höhe seiner Regressansprüche die Rechte des befriedigten Gläubigers (einschliesslich Nebenrechte) auf ihn über⁶⁰. Die Erfüllung bewirkt somit nicht Untergang, sondern *Übergang der Hauptforderung*, insoweit Regressrechte erworben werden⁶¹. Gefährdet der Gläubiger diesen Anspruch des Regressberechtigten durch Entzug von Sicherheiten oder dergleichen, so haftet er ihm für Schaden

⁵³ Vgl. v. BÜREN, p. 99, BGE 103 II 139.

⁵⁴ BGE 53 II 30; SJZ 57 (1961), p. 63.

⁵⁵ v. T./E., § 90/VII, p. 313.

⁵⁶ Vgl. v. T./E., § 90/VII, p. 314.

⁵⁷ Gemeinsame Einreden, die er unverschuldet nicht kannte und deshalb nicht geltend machte, vermindern seinen Regressanspruch nicht; OR 145/II e contrario, vgl. auch MERZ, SPR VI/1, § 11, p. 106.

⁵⁸ BECKER, OR 148 N. 6.

⁵⁹ Vgl. OR 110 Ziff. 1, OR 507.

⁶⁰ Dazu BGE 53 II 30, 103 II 140; zur analogen Regelung der Subrogation bei der Bürgschaft vgl. OR/BT, § 17/XI.

⁶¹ v. BÜREN, p. 101. - Die Regel, dass die dem Gläubiger zustehende Forderung im Umfang des Regresses unverändert auf den leistenden Schuldner übergehe, findet im Falle mehrerer Regresspflichtiger immerhin eine Schranke am Grundsatz, dass die Regressforderung ihrerseits nicht dem Solidaritätsprinzip unterliegt, sondern in einzelne Regressquoten zerfällt (vgl. auch oben lit. a).

(ähnlich wie dem Bürgen, OR 503)⁶². Die Regressforderung, bei welcher zusätzliche Aufwendungen (vgl. oben lit. b) berücksichtigt werden können, kann betragsmässig über die subrogierte Forderung hinausgehen. Gegen einen mittels persönlichem Erlass befreiten Schuldner kann nur die Regressforderung, nicht aber die subrogierte Hauptforderung geltend gemacht werden⁶³. Erfüllt der Schuldner nur teilweise, so kann der Übergang «nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden» (BGB § 426/II). Dessen Restanspruch hat Vorrang; Sicherheiten - soweit zur Deckung nötig - darf er behalten («*nemo subrogat contra se*»). Im Konkurs eines Mitschuldners können Gläubiger und Regressberechtigter ihre Forderungen eingeben, doch geht der Gläubigeranspruch vor (SchKG 217).

5. «Unechte» Solidarität (Anspruchskonkurrenz)

Die Gesetzgebung unterscheidet von der Solidarität die blossen *Anspruchskonkurrenz*, auch «*unechte*» Solidarität genannt⁶⁴. Der Unterschied der beiden Fälle besteht darin, dass solidarische Forderungen aus demselben Rechtsgrund, konkurrierende Forderungen dagegen aus verschiedenen Rechtsgründen entstehen. Konsequenterweise müsste dies im Vertragsrecht dazu führen, dass Solidarität nur bei gemeinsam begründeten Schulden angenommen würde, während anerkannt ist, dass diese auch aus einem (nachträglichen) Schuldbeitritt folgen kann⁶⁵. Im *Deliktsrecht* setzt die Solidarität ein *gemeinsames Verschulden* voraus (OR 50), bei Haftung aus verschiedenen Rechtsgründen (OR 51) liegt Anspruchskonkurrenz vor⁶⁶.

Da der Regress im Falle der echten und der unechten Solidarität im Gesetz zwar in zwei verschiedenen Bestimmungen (OR 50/II für die echte, OR 51 für die «unechte» Solidarität), aber sachlich nicht abweichend geregelt ist, besteht der *hauptsächliche Unterschied*⁶⁷ in der *Erstreckung der Wirkungen der Verjährungsunterbrechung*,

⁶² Sein Anspruch gegen den Schuldner vermindert sich um den Betrag, der diesem beim Regress infolge fehlender Sicherheiten entsteht. Auf diesen Fall, nicht aber auf die Entlassung eines Solidarschuldners, durch die das Innenverhältnis nicht berührt wird, bezieht sich OR 149/II, vgl. v. T./E., § 90/VIII, p. 318.

⁶³ Vgl. v. T./E., § 90/VIII, p. 318.

⁶⁴ BGE 69 II 167 ff., 89 II 122, vgl. aber BGE 37 II 458, aus der Literatur OSER/SCHÖNENBERGER, Vorbem. zu OR 143-150 N. 8; BECKER, OR 144 N. 5; F. GILLIARD, Topologie de la solidarité imparfaite, Mélanges Deschenaux, Fribourg/CH 1977, p. 289 ff. Anspruchskonkurrenz liegt z. B. vor bei der Haftung für Unfallfolgen einerseits des Autohalters, andererseits des Haftpflichtversicherers. Aber hier die Sonderregelung von SVG 83/II (vgl. unten Anm. 69).

⁶⁵ OSER/SCHÖNENBERGER, Vorbem. zu OR 175-183 N. 2; BECKER, OR 143 N. 7 ff.

⁶⁶ BGE 93 II 322, 333; 97 II 343 f.; 112 II 143 f.

⁶⁷ Schliesslich besteht ein praktisch nebensächlicher Unterschied darin, dass bei der unechten Solidarität keine Subrogation nach OR 149/I stattfindet. Dies ist kaum bedeutsam, da bei deliktischer Haftung in der Regel keine Sicherheiten bestehen und VVG 72 Subrogation ausdrücklich anordnet, wenn der Versicherer den Berechtigten entschädigt hat. Vgl. OFTINGER, Haftpflichtrecht I, p. 378.

die zwar bei der Solidarität im eigentlichen Sinn, nicht jedoch bei «unechter» Solidarität (Anspruchskonkurrenz) besteht.

Es ist ohne weiteres zuzugeben, dass die Unterscheidung in der Sache von fragwürdigem Wert ist⁶⁸. Die zahlreichen Kritiker der bundesgerichtlichen Praxis⁶⁹ müssen sich entgegenhalten lassen, dass der Gesetzgeber ohne jeden Zweifel selber von dieser Unterscheidung ausgegangen ist und die verjährungsrechtliche Erstreckung der Unterbrechungswirkungen gemäss OR 136/I auf Fälle «echter» Solidarität beschränken wollte. Dass eine gesetzeskorrigierende Auslegung von OR 136/I im Sinne der Erstreckung der Unterbrechungswirkungen auf Fälle der Anspruchskonkurrenz sachlich wünschbar wäre, soll nicht bestritten werden⁷⁰.

III. Solidarität auf Gläubigerseite (OR 150)

1. Allgemeines

Bei Gläubigersolidarität kann jeder von mehreren Gläubigern die ganze Leistung verlangen, und der Schuldner befreit sich von seiner Verpflichtung, indem er an einen Gläubiger leistet (OR 150/I, II). Gläubigersolidarität entsteht durch (stillschweigende oder ausdrückliche) vertragliche Abrede⁷¹ sowie in den vom Gesetz bestimmten Fällen, die allerdings wenig zahlreich sind⁷².

⁶⁸ So v. T./E., § 90/IX/1, p. 320, A. KELLER, *Haftpflicht im Privatrecht*, Bd. II, Bern 1987, p. 154 f.

⁶⁹ Vgl. OFTINGER, *Haftpflichtrecht I*, p. 339 mit zahlreichen Hinweisen in Anm. 22.

⁷⁰ Neuere Spezialgesetzgebung statuiert dieses Resultat: gemäss SVG 83/II wirkt «die Unterbrechung der Verjährung gegenüber dem Haftpflichtigen ... auch gegenüber dem Versicherer und umgekehrt», vgl. BGE 106 II 253 f.

⁷¹ Von praktischer Bedeutung ist das *gemeinsame Bankdepot* oder *-konto* («*compte-joint*»), wo jeder Mitinhaber einzeln berechtigt ist, über das gemeinsame Konto/Depot ohne Mitwirkung des andern zu verfügen, vgl. dazu H. MERZ, *SPR VI/1*, § 11/VI, p. 94 ff., H. BAUMGARTNER, *Depot und Compte-joint* unter besonderer Berücksichtigung des Innenverhältnisses, Diss. Basel 1977, BGE 94 II 167 ff., und 313 ff., 101 II 120, 110 II 24 ff.

⁷² Vgl. SJZ 37 (1940/41), p. 106 (62); v. T./E., § 91/I, p. 321 f. - Nach OR 246/II können die Erben des Schenkers und die zuständige Behörde die Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Auflage verlangen (vgl. auch ZGB 482). Nach OR 264/III können Vermieter und Mieter den Untermieter zum vertragsgemässen Gebrauch anhalten. Nach OR 399/III kann auch der Auftraggeber bei Übertragung eines Auftrages auf einen Substituten die Ansprüche des Beauftragten geltend machen.

2. Wirkungen

a) Möglichkeit der Geltendmachung der Forderung durch jeden Gläubiger

Bei der Gläubigersolidarität bestehen wie bei der Schuldnersolidarität mehrere Forderungen, die auf einem einheitlichen Schuldverhältnis beruhen. Jeder Gläubiger kann die Forderung selbständig geltend machen. Die Ansprüche jedes einzelnen Gläubigers können insofern verschieden sein, als sie besonderen Einwendungen, Einreden und Verrechnungsmöglichkeiten unterliegen oder mit besonderen Sicherheiten versehen sind. Dabei scheint mir, dass Massnahmen eines Gläubigers auch für die Mitgläubiger wirken müssen: Inverzugsetzung durch Mahnung und Unterbrechung der Verjährung, weil hier ein Interesse der Mitgläubiger besteht und der handelnde Gläubiger als Bevollmächtigter oder als Geschäftsführer im Sinne von OR 419 ff. gelten darf⁷³, Ausübung eines Wahlrechts, Rücktrittsrecht und dergleichen, weil die entsprechende Befugnis Bestandteil des jedem Gläubiger einzeln zustehenden Forderungsrechts ist, andererseits jedoch infolge der Interessenlage des Schuldners nur einheitlich ausgeübt werden darf.

Jeder Gläubiger kann über seine Forderung selbständig verfügen (Erlass, Stundung, Abtretung), jedoch nach herrschender Meinung nur mit Wirkung für seinen eigenen (durch Leistung an einen Mitberechtigten auflösend bedingten) Anspruch, weil auch hier der Grundsatz gelten muss, dass ein Gläubiger die Stellung der Mitberechtigten nicht eigenmächtig verschlechtern kann⁷⁴.

b) Konzentration der Schuld beim Belangen des Schuldners (Abs. III)

Die Gleichstellung der Solidargläubiger dauert nur so lange, als keiner den Schuldner belangt hat. Sobald das der Fall ist, kann dieser nicht mehr nach seiner Wahl an einen der Gläubiger leisten, sondern es findet eine Konzentration der Leistungsmöglichkeit (und damit auch der Leistungspflicht) auf denjenigen Gläubiger statt, der die Forderung eingeklagt oder in Betreuung gesetzt hat (OR 150/III)⁷⁵.

⁷³ Anderer Meinung v. T./E., § 91/II, p. 322, welche Auffassung nicht begründet wird und durch das gemeinrechtliche Teilschuld-Modell bestimmt sein mag (vgl. oben Anm. 7, 31).

⁷⁴ Dieser in Analogie zu OR 146 und aus allgemeinen Überlegungen abgeleitete Schluss (vgl. v. T./E., § 91/II, p. 323/4) vermag nicht ganz zu überzeugen und leidet an der Widersprüchlichkeit, dass jeder Gläubiger, der durch Entgegennahme der Leistung den Schuldner befreit, durch eine donandi causa erfolgende Rückerstattung die Befreiung nicht rückgängig macht, sondern allein sich selber belastet. Der unbestreitbare Grundsatz, dass kein Gläubiger zu Lasten seiner Mitgläubiger soll verfügen können, wird auch dann gewahrt, wenn man Gültigkeit des Forderungserlasses annimmt, jedoch den erlassenden Gläubiger im Verhältnis zu den Mitgläubigern so behandelt, wie wenn er die Leistung effektiv erhalten hätte (Regress; vgl. unten lit. c).

⁷⁵ Unter «belangen» im Sinne von OR 150/III ist Betreuung oder Klageerhebung zu verstehen (BECKER, OR 150 N. 9, v. T./E., § 91/III, p. 324 und Anm. 21), während private Anspruchserhebung (Mahnung) diese Wirkung nicht besitzt (BGE 94 II 318 E. 6 unter Hinweis auf OSER/SCHÖNENBERGER, OR 150 N. 5). - Diese Regelung entspricht dem Modell der *Korrealität*, nicht der Solidarität (vgl. oben Anm. 25).

e) Auseinandersetzung unter den Gläubigern

Der Regress unter den Solidargläubigern wird vom OR nicht geregelt⁷⁶, die Gläubiger sind in der Ausgestaltung ihres Innenverhältnisses frei.

IV. Anhang: Ausübung von Rechten und Pflichten bei Gesamthandschaften

1. Begriff

Bei der (hauptsächlich auf germanistischer Überlieferung beruhenden) Gesamthand werden die Verhältnisse so vorgestellt, dass eine *einzigste Forderung*⁷⁷ mehreren gemeinsam zusteht in dem Sinne, dass diese über die Forderung nur *gemeinschaftlich verfügen* können und daher nur gemeinschaftliche Leistung an alle Gläubiger den Schuldner befreit⁷⁸.

Die Wirkungen der Gesamthand treten vor allem bei der *Ausübung von Rechten* zutage (dazu unten Ziff. 3), während bei *Pflichten* bereits in der Geschichte die Gesamthand mit den Mechanismen der Solidarhaftung zusammenzufließen scheint⁷⁹ und sie heute zwar bei den Personengesellschaften, nicht aber bei der Erbengemeinschaft anzutreffen ist. Es muss deshalb der *Gesamthand in Aktiven* die *Gesamthand in Schulden* gegenüber gestellt werden, die, im Interesse des Gläubigers abgeschwächt und eingeengt, nur einen Teil des Bereiches der ersteren deckt (dazu unten Ziff. 4).

Gesamthandschaft tritt nur ein, wenn zwischen den mehreren Beteiligten eine Rechtsbeziehung besteht; diese zu einem bestimmten rechtlichen Zweck zu einer *Personengesamtheit* zusammengefasst sind⁸⁰. Da der Gesamthänder nicht selbstständig

⁷⁶ Anders BGB § 430, wo vorbehaltlich anderer Abrede Regress zu gleichen Teilen angeordnet wird.

⁷⁷ Im Gegensatz zur Solidarität kann eine Gesamthandschaft nicht bloss Forderungen und Schulden, sondern *auch dingliche Rechte* erfassen. Hinsichtlich der sachenrechtlichen Beziehungen sind die Auswirkungen der Gesamthand in den *Regeln über das Gesamteigentum*, ZGB 652-654, enthalten, die mangels anderer Gesetzesvorschriften vermutungsweise auch auf die Ausübung gesamthänderisch zustehender Forderungsrechte übertragen werden können.

⁷⁸ Im *Gegensatz zur Solidarität*, wo eine selbständige Forderung jedes Solidargläubigers angenommen wird, die allerdings nur einmal befriedigt werden muss.

⁷⁹ Vgl. etwa A. HEUSLER, Institutionen des Deutschen Privatrechts, Leipzig 1885/86; zu den Inkonsequenzen des heutigen schweizerischen Rechts vgl. CARONI (zit. Anm. 80), bes. p. 310 ff.

⁸⁰ Vgl. CARONI, Zur Geschichte und Dogmatik der Gesamthftung im schweizerischen Recht, ZBJV 103/1967, p. 289-328, hier p. 309/10 und die Anm. 85 zit. Literatur. - Die Gesamthand kann als Vorstufe der juristischen Person betrachtet werden, in der Geschichte schwankt die Grenzziehung zwischen Gesamthandschaft und juristischer Person mit eigener Rechtsfähigkeit. Die handelsrechtlichen Personengesellschaften wurden und werden teilweise als juristische Personen verstanden, in der Schweiz und in Deutschland heute jedoch sozusagen einhellig als Gesamthandschaften («Gemeinschaften zur gesamten Hand») aufgefasst. Vgl. BUCHER, ZGB 11 N. 47-50, A. HUECK, Recht der offenen Handelsgesellschaft, Berlin/New York, 4. A., 1971, p. 28 f.

verfügen kann, sind die gesamthänderisch zustehenden Rechte als ein *Sondervermögen* losgelöst vom Vermögen des Gesamthänders vorzustellen.

2. Entstehungstatbestände

Gesamthandschaftliche Personengemeinschaften entstehen *kraft Gesetzes* bei der ehelichen Gütergemeinschaft (ZGB 222), bei der Gemeinderschaft (ZGB 336), *durch Erbgang unter verschiedenen Miterben* (ZGB 602, BGB §§ 2032, 2038 f.)⁸¹ und als Folge der vertraglichen Bildung einer *Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft* (OR 552-619).⁸² Bei der *einfachen Gesellschaft* entsteht eine Gesamthandschaft bloss soweit, als im Aussenverhältnis die Gesellschafter als Personenmehrheit aufgetreten sind oder im Innenverhältnis ein Gesellschaftsvermögen ausgesondert ist (dies wohl der Sinn von OR 544; im Ergebnis ähnlich das deutsche Recht, BGB § 718 f. für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ergänzt durch die Regeln von HGB §§ 335 f. für die stille Gesellschaft).

3. Gesamthandschaftliche Rechtsausübung

Die Gemeinschaftlichkeit der Rechtszuständigkeit bedeutet, dass Verfügungen (Abtretung, Schulderrlass, Stundung usw.) nur von allen Gläubigern gemeinsam vorgenommen werden können und dass sich der Schuldner nur durch Leistung an alle Gläubiger gemeinsam befreit. Grundsätzlich hat auch eine *Klage* im Namen aller Gesamthänder zu erfolgen⁸³. Dies gilt für die mehreren Erben und die Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft, während die gesetzlichen Sondervorschriften von OR 562 und 602 eine Klage im Namen der Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaft zulassen, wobei allerdings auch hier als eigentliche Prozesspartei die einzelnen Gesellschafter zu betrachten sind. OR 562 bzw. 602 lässt denn auch Klagen unter dem Firmennamen bzw. gegen die Gesellschaftsfirma nur aus Zweckmässigkeitsgründen und im Sinne einer Erleichterung zu, ohne dieses Vorgehen vorzuschreiben.

⁸¹ Hier allerdings nur als Gesamthand in Aktiven; vgl. oben Ziff. 1, unten Ziff. 4.

⁸² Für die Offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft des deutschen Rechts vgl. HGB §§ 105-177.

⁸³ Andernfalls besteht die Einrede der mehreren Streitgenossen; vgl. v. T./E., § 89/V Anm. 24, mit Hinweis auf BGE 51 II 270, 78 II 434, und GULDENER, Schweiz. Zivilprozessrecht, 3. A. Zürich 1979, p. 296, 298.

Da die Gesamthand durchwegs nicht bloss die Gläubigerstellung, sondern die Beteiligung am Vertragsverhältnis erfasst, ist auch die Ausübung vertraglicher Gestaltungsrechte⁸⁴ allen Vertragspartnern gemeinschaftlich vorbehalten, d. h. nur gültig, wenn sie von allen Gesamthändlern ausgeht.

Der Grundsatz der notwendigen Mitwirkung aller Beteiligten erfährt allerdings eine praktisch wichtige Einschränkung durch die *Möglichkeit der Vertretung*: Bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaft ist die Vertretungsbefugnis aller oder doch einzelner Gesellschafter (oft kollektiv zu zweien) die Regel (OR 563 f., 603); die Erben werden durch den im Rahmen der gesetzlichen Aufgaben handelnden Willensvollstrecker oder Erbschaftsverwalter vertreten (ZGB 518, 596). In den übrigen Fällen ist nicht selten eine nach den Regeln der Stellvertretung (OR 32 ff. unten § 33) herzuleitende Vertretungsmacht eines Gesamthändlers für die übrigen Beteiligten gegeben.

4. Gesamthandschulden

Neuerdings wird die Vorstellung der Gesamthandschuld in Zweifel gezogen⁸⁵, obwohl diese in bestimmten Zusammenhängen m. E. sinnvoll ist. Im übrigen müssen die Frage der gerichtlichen oder vollstreckungsrechtlichen *Belangung* einerseits und jene der *Haftung* andererseits auseinandergelassen werden. Im Zusammenhang der *Belangung* ist voll am Begriff festzuhalten, während in der Frage der Haftung eine Annäherung an die Verhältnisse der Solidarität (aber keine Identität mit dieser) festzustellen ist⁸⁶.

a) *Belangung*

Der Umstand, dass die das Sondervermögen der Gesamthand belastenden Verbindlichkeiten Pflichten aller Beteiligten sind, äussert sich darin, dass die entsprechenden

⁸⁴ Kündigung, Ausübung von Wahlrechten, Rücktritt usw.; vgl. dazu die Beispiele oben Ziff. I/3/c.

⁸⁵ GULDENER, p. 297 Anm. 3 schreibt: «Gesamthandschulden in dem Sinne, dass gegen alle Schuldner gemeinsam auf Erfüllung geklagt werden müsste, gibt es nicht.» Ihm fast wörtlich folgend G./M./K., p. 35 Ziff. VI, und ESCHER, in v. T./E., § 89/V, p. 293 (dieser in direktem Gegensatz zu v. TUHR an selber Stelle in den Voraufgaben). Diese Auffassung trifft zwar für die *Stellung der Erben* zu, übersieht aber im übrigen, dass die *Kollektiv- und Kommanditgesellschaften*, obwohl unter Gesellschaftsforma einzuklagen (OR 562, 602), Gesamthandschaften darstellen; die Klage gegen die Gesellschaft ist eine Klage gegen die Gesellschafter, die eine notwendige Streitgenossenschaft darstellen. Vgl. dazu oben bei Anm. 83 und im folgenden lit. a.

⁸⁶ Auszunehmen vom Begriff der Gesamthandschuld ist das Einstehenmüssen der *Erben* für Schulden des Erblassers, das im Interesse der Nachlassgläubiger durch die Sondernorm von ZGB 603 als reine *Solidarhaftung* ausgestaltet ist: Jeder Erbe kann direkt, d. h. ohne vorgängige *Belangung* des Nachlasses, in Anspruch genommen werden. Für die (mit der Erbschaft in engem Zusammenhang stehende) Gemeinderschaft sieht ZGB 342/II ebenfalls Solidarhaftung der Gemeinder vor.

Forderungen wenigstens dem Grundsatz nach nicht gegenüber einem einzelnen geltend zu machen, sondern gegen alle Gesamthänder gemeinsam zu richten sind. Dies gilt insbesondere für die Schulden der *Kollektiv- und Kommanditgesellschaft* und der *einfachen Gesellschaft* m. E. soweit, als es sich um Gesamthandschulden handelt⁸⁷.

b) Haftung

Auch wenn der Gläubiger zuerst die Gesamtheit zu belangen hat, haftet bei Ausfall der Leistung der übrigen jeder einzelne Gesamtschuldner bis zum vollen Betrage. Dies ist im wesentlichen der Mechanismus des Einstehens für Schulden bei den Beteiligten *handelsrechtlicher Personengesellschaften* und bei der GmbH hinsichtlich der Einschliessung nicht liberierten Gesellschaftskapitals, in welchen Fällen von einer *Gesamthand* in Schulden gesprochen werden darf⁸⁸.

⁸⁷ Das Verleihen der Parteifähigkeit an die Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaft einerseits, die Subsidiarität der Gesellschafterhaftung andererseits (OR 568, 604) führen zwangsläufig zur Annahme der notwendigen Streitgenossenschaft, so dass bei einer Direktklage gegen einen Gesellschafter aus Gesellschaftsverbindlichkeit diesem die Einrede der mehreren Streitgenossen zusteht. Bei der einfachen Gesellschaft sollte m. E. das gleiche gelten, soweit gesamthänderische Verbindlichkeiten in Frage stehen. Hier a. M. SIEGWART, OR 544 N. 30.

⁸⁸ Vgl. dazu die Hinweise bei CARONI, p. 322-325.